

A FREQUÊNCIA E APROVEITAMENTO EM CURSOS OFICIAIS OU RECONHECIDOS DE APERFEIÇOAMENTO COMO CRITÉRIO OBJETIVO NA PROMOÇÃO DE MAGISTRADO POR MERECEIMENTO

Marcelo Lima Guerra

Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP
Professor da Graduação e do Curso de Mestrado
da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará
Juiz do Trabalho Substituto do TRT-7ª Região

SUMÁRIO: 1. Introdução: complementando a reforma do Judiciário pela via hermenêutica. 2. A ambigüidade da maioria das expressões que compõem o art. 93., II, c, da CF: impossibilidade de se atribuir um sentido literal a este dispositivo. 3. Do “sentido quase literal” ao sentido global do dispositivo em tela. 4. Primeiro argumento: a intenção do legislador constituinte em promover a formação e o aprimoramento constantes do Magistrado. 5. Segundo argumento: uma primeira hipótese em que o “sentido quase literal” do dispositivo em tela conduz a resultado absurdo. 6. Terceiro argumento: uma segunda hipótese em que o “sentido quase literal” do dispositivo em tela conduz a resultado absurdo. 7. A produção de textos acadêmicos como inequívoca forma de aprimoramento do Magistrado. 8. O significado global do art. 93, II, c, da CF como conceito *necessariamente* aberto. 9. Dificuldade (ineliminável) na aplicação deste conceito: alguns critérios norteadores. 10. A pontuação das diversas atividades de aprimoramento do Magistrado: critérios quantitativos e qualitativos. 11. Conclusão.

RESUMO: A reforma do Judiciário trouxe inovações importantes, a exigir dos intérpretes a atenção devida, de modo a se extrair de suas respectivas normas, como de qualquer outra norma constitucional, a *máxima eficácia possível*. O presente trabalho destina-se a oferecer uma interpretação racional da expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, utilizada no art. 93, II, c, da CF para fixar critério objetivo de promoção por merecimento de Magistrado. A tese aqui defendida é que a tal expressão deve ser atribuído um sentido suficientemente amplo, de modo a abranger todas as atividades que efetivamente promovam o aprimoramento do Magistrado.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma do Judiciário. Promoção por merecimento. Critério objetivo. Frequência e aproveitamento em curso. Interpretação racional.

1. Introdução: complementando a reforma do Judiciário pela via hermenêutica.

A reforma do Judiciário tem sido considerada por muitos *tímida*, no sentido de não ter implementado as modificações devidas e há muito esperadas. No entanto, pelo menos em alguns aspectos, essa suposta “timidez” pode ser atribuída ao *texto das normas constitucionais* – ou pelo menos às normas que dele se venham a extrair com maior apego do intérprete ao sentido literal das expressões lingüísticas ali ocorrentes. Dessa forma, se não for “tímido” também o intérprete, será possível realizar, pela via hermenêutica, muitos dos avanços esperados tomando – como deve ser e sempre tem ocorrido – o texto constitucional de alguns dispositivos referentes à reforma do Poder Judiciário como *ponto de partida* e agregando dados

contextuais fornecidos pela realidade, por outras normas do ordenamento e pelas possíveis conseqüências práticas de se extrair dali uma ou outra norma. Dito de outro modo, é possível extrair normas bem mais eficazes como sentido veiculado pelos dispositivos constitucionais diretamente referentes à Reforma do Poder Judiciário, agregando os necessários e corretos elementos contextuais, àqueles puramente semânticos fornecidos pelo sentido convencional (ou literal) das expressões lingüísticas de que tais dispositivos são compostos.¹

No presente estudo, procurar-se-á demonstrar isso, argumentando pela atribuição de sentido à (complexa) expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, ocorrente em dispositivo relativo à promoção por merecimento, de modo a extrair norma bem mais ampla, bem mais eficaz e adequada à realidade – embora, impõe-se reconhecer, de aplicação bem mais difícil, a exigir redobrada ponderação do aplicador – do que aquela que resultaria de um excessivo e irracional apego do intérprete ao (*suposto*) teor literal dessas expressões, ainda mais quando, como se vai demonstrar, não há clareza nem univocidade na maioria das expressões mais simples que compõem a referida expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’.²

2. A ambigüidade da maioria das expressões que compõem o art. 93, II, c, da CF: impossibilidade de se atribuir um sentido literal a este dispositivo.

Com efeito, cumpre advertir para questões de extrema dificuldade e relevância na interpretação do texto constitucional sob exame. É que as expressões ‘curso oficial’ e [curso] ‘reconhecido’ suscitam graves problemas, já que

quanto a elas não se pode identificar, na realidade, qual o seu *sentido convencional ou puramente lingüístico*.³ O que é um *curso oficial*, ou melhor *o que* ou *quem* confere o caráter de *oficialidade* a determinado curso? Em segundo lugar – e aqui se trata apenas de uma duplicação das mesmas questões para o outro termo –, o que é um “curso reconhecido”, ou melhor *quem está autorizado a reconhecer determinado curso*?

Da mesma forma, embora ‘frequência’ e ‘aproveitamento’ quando utilizadas associadas a cursos de qualquer natureza (de modo a formar a expressão composta ‘frequência e aproveitamento em curso’) pareçam ser expressões de significado mais definido, também não estão isentas de certa ambigüidade e vagueza. Com efeito, haverá uma “frequência mínima” e qual será (deve ser) ela (50% a 75%?)? Em que consistirá, precisamente, o ‘aproveitamento’? Mais importante ainda: qual será o método de aferição dele? Será possível, por exemplo, que o critério de aproveitamento possa ser reduzido a “frequência 100%”?⁴

São questões incômodas, mas se o objetivo é fazer nascer uma nova Magistratura, utilizando como ferramenta a compreensão dos dispositivos constitucionais relativos a ela, não podem ser negligenciadas, embora devam ser tratadas aos poucos e por vários intérpretes e pontos de vista. E o mínimo que se pode fazer, no sentido de não negligenciar tais questões, é reconhecer que à expressão (composta) ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ *não se pode, rigorosamente, falar de um sentido literal* que ela possua. Assim, o mais correto (e mais honesto, a seguir os cânones mínimos de uma interpretação que se pretenda racional) seria falar em um sentido “intuitivo” e “quase literal” dessa expressão. Um sentido que seria obtido com uma solução “intuitiva” e, portanto, não demonstrada racionalmen-

te ser a mais correta, das questões apontadas, relativas ao sentido a ser atribuído às expressões ‘curso oficial’, ‘[curso] reconhecido’, ‘frequência [em curso]’ e ‘aproveitamento [em curso]’. Como exemplo deste sentido, pode-se indicar algo como “frequência [de no mínimo 50%] e aproveitamento [aferível por aprovação em algum método de avaliação] em curso oficial [promovido por Escola de Órgão Jurisdicional] ou reconhecido [pelo Órgão Jurisdicional perante o qual tramita o processo de promoção por merecimento e/ou por órgãos do poder Executivo com função específica para *reconhecer normativamente cursos*, por exemplo, o MEC] de aperfeiçoamento [no sentido estrito do termo, enquanto modalidade de pós-graduação *lato sensu*].⁵

3. Do “sentido quase literal” ao sentido global do dispositivo em tela.

Como se vê, um tal sentido atribuível à expressão em tela está longe de ser legitimamente considerado seu *sentido literal*, por mais intuitivas e razoáveis que pareçam as soluções propostas (melhor dizer, *impostas*, já que desprovidas de adequada justificativa para serem adotadas) como sentido a atribuir a cada uma das (ambíguas) expressões mais simples (‘curso oficial’, ‘reconhecido’, ‘frequência’ e ‘aproveitamento’). Como quer que seja, é qualquer coisa próxima a esse sentido que se vai referir aqui como “sentido quase literal” da expressão em análise (‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’). Isso se faz necessário porque, embora extremamente relevantes as questões apontadas quanto ao sentido a ser atribuído a cada uma das expressões mais simples ocorrentes no dispositivo constitucional em tela, elas não serão aqui tratadas. Ao contrário, a estratégia a ser perseguida no presente estudo é a

tentativa de atribuir um sentido global à expressão composta ‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’, sem resolver as questões pontuais sobre o sentido que se deve racionalmente atribuir a cada uma de suas expressões mais simples. Dessa forma, tomar-se-á esse “sentido quase literal” como ponto de partida e, demonstrando a sua insuficiência, quando confrontado com outros elementos do ordenamento jurídico e da realidade fática, sustentar, à luz de argumentos explícitos, um sentido global à expressão ‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’ como a solução mais racional.

Em síntese, procurar-se-á demonstrar que à expressão textual ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, ocorrente no dispositivo constitucional em exame, se há de atribuir, como sentido, um conceito suficientemente aberto para incluir as várias formas, métodos e atividades que, de fato, *efetivamente promovam o aperfeiçoamento e o aprimoramento do Magistrado* para melhor exercer as funções inerentes ao respectivo cargo.

4. Primeiro argumento: a intenção do legislador constituinte em promover a formação e o aprimoramento constantes do Magistrado.

Nessa ordem, parece inquestionável que o legislador constituinte, ao incluir a participação em “cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” como critério a ser computado em promoção por merecimento, teve a intenção de estimular o constante aprimoramento do Magistrado. Isso nada mais é do que se curvar à realidade de que o exercício adequado da função jurisdicional – a qual se articula numa série de atividades a exigir do Magistrado

um volume (e uma qualidade) cada vez maior e heterogêneo de conhecimentos e informações – requer dele, Magistrado, um *constante aperfeiçoamento*. Nessa perspectiva, vale mesmo a advertência de que o modo de organização do Poder Judiciário nacional, visto sob a perspectiva epistemológica correta, ainda é *insuficiente*, em razão de não haver uma *genuína imposição* ao Magistrado de buscar um constante aperfeiçoamento, por qualquer via que seja.⁶

Com efeito, em suporte ao reconhecimento dessa inequívoca intenção do legislador constituinte de ter considerado essencial o aprimoramento e a formação constantes do Magistrado, adotando a “frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (o que quer que tal expressão signifique) como critério objetivo a ser computado em promoções por merecimento, está o próprio fato do legislador constituinte haver também previsto, como um dos *princípios* que norteará a elaboração do Estatuto da Magistratura – vale dizer, de modo imperativo, porém através de norma programática – que constituirá “etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados” (CF, art. 93, IV).

Acertadas essas premissas, que se revelam irrefutáveis, não há como não concluir que a norma (*rectius*: o *texto*) constitucional ao estabelecer como critério a ser computado na promoção por merecimento a “frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”, *dixit minus quam voluit*. Com efeito, à luz do dado contextual já apontado e de outros a serem extraídos da própria realidade, como se verá, talvez não seja nem necessário recorrer aos modernos métodos da hermenêutica especificamente constitucional para reconhecer que ao empregar a expressão ‘frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos’, principalmente

compreendida naquele seu “sentido quase literal”, a norma constitucional veiculada pelo art. 93, II, c, da CF pode ser tida, quando muito, como estabelecendo critério *mínimo* a orientar a avaliação do aprimoramento do Magistrado, em processo de promoção por merecimento. Jamais tal expressão pode ser interpretada, atribuindo-lhe aquele “sentido quase literal”, como indicando o *único fator* ou *atividade de aprimoramento* do Magistrado, que possa e deva ser computado, numa decisão sobre promoção por merecimento.⁷

Dito de outro modo, o texto constitucional em tela não pode ser interpretado de tal forma a dele se extrair uma norma que exclua a possibilidade de cômputo de outras formas ou outros métodos de aperfeiçoamento do Magistrado. Ao contrário, dele se deve extrair norma que admita serem computados, para fins de promoção por merecimento, *quaisquer métodos* de que se valha o Magistrado para obter aperfeiçoamento e aprimoramento em suas aptidões para o exercício da função jurisdicional, desde que tais métodos revelem, à luz da razoabilidade, o efetivo aperfeiçoamento e aprimoramento deste mesmo Magistrado. Eis o sentido global à expressão ‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’ que se está defendendo no presente estudo.

5. Segundo argumento: uma primeira hipótese em que o “sentido quase literal” do dispositivo em tela conduz a resultado absurdo.

Para oferecer uma justificativa racional em defesa dessa interpretação, convém iniciar com um exemplo quase banal de como o intérprete não pode restringir-se ao (suposto e, na verdade, inexistente) teor literal do texto constitucional em tela, pois isso implicaria em atribuir ao mesmo texto constitucional, como seu sentido, norma que se revela

incoerente com outros valores e em choque com a realidade dos fatos. Como se disse, da expressão composta sob análise, a única expressão mais simples que a integra e é dotada de sentido convencional – pelo menos no contexto específico da legislação federal relativa ao ensino superior – é aquela correspondente a ‘curso de aperfeiçoamento’. Assim, apegando-se ao teor literal da expressão sob exame, a frequência e aproveitamento do Magistrado em um curso, mesmo que “oficial” ou “reconhecido” (quaisquer que sejam os sentidos atribuídos às respectivas expressões) de *Especialização*, de *Mestrado* ou de *Doutorado* estariam fora da hipótese legal, não podendo ser computados para fins de promoção por merecimento, o que resultaria em uma norma inteiramente absurda e incoerente com a manifesta intenção do legislador constituinte de *valorizar* o constante aprimoramento do Magistrado.

Em primeiro lugar, trata-se de extrema incoerência (a exigir uma forte razão para justificá-la) o intérprete ir além do teor literal de quase todas as expressões simples que compõem a complexa expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ (teor literal este que rigorosamente sequer *existe*, dada a extrema ambigüidade e vagueza da maior parte dessas expressões, o que significa, como se viu, atribuir-lhes, arbitrariamente, um entre vários sentidos possíveis), para depois se limitar ao teor literal de apenas uma delas, a saber ‘curso de aperfeiçoamento’.

Ademais, e o que é mais importante, isso resultaria em norma inteiramente absurda e irracional. Como justificar que, em nome do mero “respeito” ao teor literal de apenas uma das expressões constitutivas daquela expressão complexa ora sob análise, extraia-se hipótese legal que autorizaria apenas o cômputo da atividade de pós-graduação de menor valor acadêmico, excluindo aquelas outras que lhe são reconhecidamente bastante superiores, tanto pelo grau

de aprofundamento, quanto pelas maiores e mais rigorosas exigências para sua conclusão? Ora, se se admite que a frequência e aproveitamento (qualquer que seja o sentido atribuído a tais expressões) em *curso de aperfeiçoamento* promove o aprimoramento do Magistrado e, por isso, deve ser computada como critério objetivo para sua promoção por merecimento, é absolutamente imperioso, sob pena de se cometer grave incoerência e irracionalidade – ambas inaceitáveis no ordenamento, sobretudo o constitucional, em nome da *unidade da Constituição* – reconhecer que a frequência e aproveitamento em cursos de Mestrado e Doutorado igualmente promovem o aprimoramento do Magistrado – ou melhor, promovem um aprimoramento *ainda maior do que aquele decorrente de participação em mero curso de aperfeiçoamento* – em razão do que também *devem ser computadas como critério objetivo para sua promoção por merecimento*. Eis, portanto, uma primeira justificativa racional para a adoção de um sentido global à expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ diverso daquele aqui referido como “sentido quase literal” desta expressão, e que corresponda a uma hipótese legal suficientemente aberta, a permitir que nela venha a se subsumir *qualquer atividade que promova o efetivo aprimoramento do Magistrado*, tais como, no presente exemplo, a participação em cursos de Mestrado e Doutorado.

6. Terceiro argumento: uma segunda hipótese em que o “sentido quase literal” do dispositivo em tela conduz a resultado absurdo.

Nessa mesma linha, ainda se pode apontar como justificativa racional para a adoção deste sentido global, outro exemplo quase banal de como o intérprete não pode

restringir-se a qualquer outro similar ao “sentido quase literal” da expressão em exame, o que implicaria, mais uma vez, em atribuir ao mesmo texto constitucional, como seu sentido, norma que se revela incoerente com outros valores e em choque com a realidade dos fatos. Com efeito, esse “sentido quase literal” da expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ parece constituir-se, sempre segundo essa atitude “intuitiva” (a qual, no presente contexto, nada mais é do que uma atitude *irracional*, na qual se atribui sentido a expressões ambíguas sem a devida justificativa racional), em hipótese legal na qual só se possa subsumir a participação nesses “cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento” (em qualquer sentido que isso venha a ser compreendido) na condição de *aluno*, mas não naquela de *professor* ou mesmo *conferencista* ou *palestrante*. Essa interpretação da expressão sob exame, também se traduz, de maneira quase banal, em atribuir-lhe como sentido uma norma inteiramente irracional, pois contrária à realidade empírica e à própria inequívoca intenção do legislador constituinte na adoção deste critério objetivo de promoção por merecimento.

Para justificar esse entendimento, nem é necessário muito esforço. Seja recordado que, entre as aptidões mais relevantes (mas não a única, como agora já se começa a perceber) que o Magistrado deve possuir para o exercício adequado das funções que lhe são atribuídas, está aquela que se pode referir, genericamente, como o “conhecimento do direito”. É fato absolutamente integrante da experiência ordinária, compartilhada por todos aqueles que se dedicam ao estudo e ao ensino mais aprofundados do Direito, que a oportunidade de lecionar determinada matéria é um dos métodos mais eficazes, quando aproveitada com seriedade tal oportunidade, para efetivamente promover o aprendizado e o domínio de tal matéria ou ponto lecionado. Daí por que

seria um total contra-senso, a resultar em algo verdadeiramente absurdo, interpretar a expressão ‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’, de modo a dela extrair hipótese (conceito) legal na qual não se possa subsumir a participação do Magistrado, *mesmo em curso que corresponda ao teor (quase) literal da referida expressão*, na qualidade de professor ou palestrante. Ora, seria admitir o absurdo que aquele Magistrado que, de um ponto de vista substancial e não formal, chega a se aperfeiçoar ainda mais e de maneira qualificada, preparando-se e ministrando aulas em tais cursos, não tenha essa participação computada, enquanto a tenha aquele Magistrado – que pode ser até seu concorrente numa promoção por merecimento – que tenha se limitado a freqüentar e ser aprovado no mesmo curso.⁸

7. A produção de textos acadêmicos como inequívoca forma de aprimoramento do Magistrado.

Pela mesma linha de raciocínio, conjugando dados da experiência ordinária sobre o aprendizado e a aquisição de “conhecimentos sobre o direito”, naquilo que ela tem de mais legítimo, com o dado correspondente à intenção do Constituinte ao adotar, com a norma veiculada pelo art. 93, II, c, da CF, critério objetivo de promoção por merecimento, impõe-se reconhecer a existência de outra via, outro caminho para o aperfeiçoamento do magistrado. Tal atividade de aprimoramento não pode, por uma questão de racionalidade, deixar de ser computada como critério para aquela promoção, apesar de também consistir em situação inteiramente não enquadrável na hipótese legal constituída pelo tão criticado “sentido quase literal” do texto constitucional em comento. Trata-se da atividade de produzir textos acadêmicos, os quais nada mais são do que resultado de

genuíno estudo e pesquisa, a revelar inequívoco aprimoramento do Magistrado. Ora, como é igualmente notório, a produção de textos acadêmicos também é um dos mais eficazes – se não for o mais eficaz de todos – métodos de aquisição de conhecimento sobre os fenômenos jurídicos, desde que, obviamente, seja bem aproveitada tal atividade. Dessa forma, justifica-se o sentido global atribuído à expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, por permitir a subsunção na respectiva hipótese legal – e, conseqüentemente, o cômputo em processo de promoção por merecimento – desta atividade que produz um indiscutível aprimoramento do Magistrado para o exercício das suas funções, consistente na elaboração de um escrito jurídico, seja, um livro, um artigo para periódico, um capítulo de livro em obra coletiva, uma monografia, uma dissertação de mestrado ou uma tese de doutorado.

8. O significado global do art. 93, II, c, da CF como conceito *necessariamente* aberto

Por tudo isso, estando demonstrado que o *aperfeiçoamento* do Magistrado – pelo menos naquela que é uma de suas principais aptidões necessárias ao exercício de suas funções, a saber, o *conhecimento do direito* – pode ser obtido por inúmeras vias e não apenas através da hipótese que resultaria do apontado “sentido quase literal” da expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’, resta também justificada, pelas razões explicitadas, a opção por atribuir a esta mesma expressão, como seu sentido global, o conceito de “*atividade de aprimoramento do Magistrado*”, como conceito suficientemente aberto para incluir todas as hipóteses apontadas.

9. Dificuldade (ineliminável) na aplicação deste conceito: alguns critérios norteadores.

Há de se reconhecer, todavia, a extrema dificuldade de se formular juízos objetivos sobre isso⁹. Afinal, há professores medíocres (que desaprendem mais do que ensinam), há os escritos medíocres e sem nenhum valor, os quais não só não revelam aperfeiçoamento do Magistrado que se empenhou em tais atividades, mas, ao contrário, demonstram a sua *necessidade de se aperfeiçoar*, de aprender mesmo. Como quer que seja, atribuindo-se à expressão textual ‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido’, ocorrente no dispositivo constitucional em exame – como seu sentido mais razoável – um conceito suficientemente aberto para incluir os vários métodos e atividades que a realidade empírica revela serem efetivamente hábeis a promover o aperfeiçoamento e o aprimoramento do Magistrado, ou melhor, daquele que ocupa o cago de magistrado, para melhor exercer as funções inerentes a tal cargo, tal conceito, como qualquer outro conceito legal, dividirá o universo de aplicabilidade do conceito em questão em três zonas: a zona de clara aplicação, a zona de clara não aplicação e a zona de penumbra.¹⁰ Essa, como se sabe, é uma característica ineliminável da linguagem natural, em geral, e da linguagem jurídica, em particular. Enfim, a dificuldade na aplicação do conceito aqui proposto traduz-se, rigorosamente, em reconhecer a existência de uma larga zona de penumbra.

No entanto, é possível estabelecer critérios que podem servir, ao menos, para evitar um juízo inteiramente subjetivo na avaliação dessas atividades, assegurando um mínimo de razoável objetividade na avaliação de situações que se situem nessa *zona de penumbra*. Nesse sentido, o melhor que se pode fazer – numa perspectiva inteiramente

abstrata, como a de um escrito como o presente – é procurar apontar casos que se situam *na zona clara de aplicação* e aqueles que se situam *na zona clara de não aplicação* do conceito aqui proposto, como meio que minimamente proporcione alguma delimitação à referida zona de penumbra.

Assim, quanto à participação, quer como aluno, quer como docente, em cursos de Mestrado e de Doutorado são casos claros de aplicação do conceito legal, ao lado daqueles cursos promovidos pelas Escolas Nacionais e Regionais da Magistratura. Mais especificamente no que diz com a atividade docente, além dessas indicadas, também constituem casos situados na *zona clara de aplicação* do conceito em tela, a atuação do Magistrado em Instituição de Ensino Superior cujo ingresso tenha como requisito concurso público de provas e títulos, e que seja plenamente reconhecida tanto pelos órgãos oficiais do Poder Executivo (MEC) e/ou pela comunidade em geral, podendo mesmo se prescindir, quanto a este último caso, do requisito do prévio concurso público. Assim, a atividade docente exercida por Magistrado em notória Universidade européia ou em Harvard ou Yale – o que normalmente ocorre, pela natural incompatibilidade de funções, com relação a Magistrados, por períodos breves e mediante simples convite – seria um exemplo de atividade em Instituições que não têm o reconhecimento de órgãos do Poder Executivo (brasileiro) e nem exigem, como se disse, prévio concurso (no caso de Magistrado brasileiro, obviamente). O reconhecimento e notoriedade de sua excelência pela comunidade em geral, todavia, permite enquadrar essa mesma atividade docente do Magistrado junto a tais Instituições como inserida na zona clara de aplicação. Todos esses, enfim, são exemplos de casos claros (ou situados na *zona clara*) de aplicação do conceito proposto como sentido global da expressão

‘frequência e aproveitamento em curso oficial ou reconhecido de aperfeiçoamento’.

No outro extremo, há de se apontar, como casos claros de *não-aplicação* do referido conceito, ou seja, casos situados na *zona clara de não aplicação do mesmo conceito*, a participação do Magistrado, como aluno ou professor, nos famosos e proliferantes “cursinhos para concursos”.

Já no que diz respeito aos escritos, um primeiro critério a ser adotado, num juízo de valor sobre os mesmos, seria a quantidade de *citações* que esse mesmo livro ou artigo recebe em obras doutrinárias (ou mesmo em sentenças). Trata-se de uma importante (talvez a única) forma de avaliar, com *certa objetividade*, o reconhecimento de valor à publicação de obras, sobretudo obras monográficas, com as quais o autor, ao contrário de quanto ocorre com manuais e outros escritos do gênero, procura dar uma contribuição própria à ciência jurídica. Já no que diz com artigos publicados em periódicos, a seriedade do veículo, reconhecido no meio acadêmico, é ponto que conta¹¹. No entanto, há de se reconhecer a ausência total (até onde eu saiba) da adoção do sistema *peer review* nos periódicos jurídicos nacionais, já adotado há muito tempo nos periódicos de outras áreas, e mesmo na área jurídica, em outros países. Segundo tal sistema, a publicação de artigo em determinado periódico está sujeito a um juízo *anônimo* por uma comissão de profissionais de notório saber. Dessa forma, a publicação de artigo em periódico sujeito ao sistema do *peer review* tem valor muito superior àquela que se pode obter por “amizade” ou outros motivos que não seja o reconhecimento da qualidade do trabalho. Como quer que seja, ambos os casos se situam na zona clara de aplicação do conceito de “atividade de aprimoramento do Magistrado”.

Simetricamente, pode-se dizer que a publicação

de textos puramente literários, tais como romances, novelas, crônicas e poesias, situam-se na zona clara de não aplicação do conceito em tela, assim como obras que, mesmo dirigidas ao público jurídico, são evidentemente desprovidas de conteúdo que denota *aquisição de conhecimento por parte do Magistrado* que as tenha produzido, por exemplo, obras sobre “como passar em concursos”, obras de cunho biográfico sobre juristas e outras similares.

Como se vê, resta ainda uma larga zona de penumbra, na qual se situa uma grande quantidade de atividades cujo enquadramento, quer na zona clara de aplicação, quer na zona clara de não aplicação, é duvidoso. Aqui, há de se curvar à realidade, desde Hart evidenciada com a maestria peculiar ao filósofo britânico, que será impossível eliminar tal zona de penumbra. Aqui, outra solução não há do que confiar na prudência, no senso de justiça daqueles que decidirão se esta ou aquela atividade há de ser computada para fins de promoção por merecimento, bem como na poderosa ferramenta (ainda que insuficiente para eliminar de todo a subjetividade resultante da própria existência desta zona de penumbra em todo conceito legal) que é um modelo mínimo de decisão racional.¹²

10. A pontuação das diversas atividades de aprimoramento do Magistrado: critérios quantitativos e qualitativos.

Finalmente, cumpre abordar outro grupo de questões relacionadas ao conceito legal aqui proposto como sentido mais racional da expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’. Tratam-se das questões relativas à pontuação a ser atribuída a cada uma dessas atividades. Com efeito, não apenas várias são as atividades de aperfeiçoamento de um

Magistrado que devem ser levadas em consideração como critério em promoção por merecimento, mas, justamente por isso, todas elas devem sujeitar-se a pontuações diversas, as quais parece conveniente que sejam obtidas com a adoção conjugada de dois critérios distintos: um que se pode denominar “*critério quantitativo*” e outro que se pode denominar “*critério qualitativo*”.

O que aqui se denomina “critério quantitativo” diz respeito à tentativa de estabelecer uma certa “mensuração” do aproveitamento obtido com a respectiva atividade do Magistrado. Assim, segundo tal critério quantitativo, um curso de aperfeiçoamento com carga horária maior há de prevalecer sobre aquele de carga menor; um curso de mestrado há de prevalecer sobre o de especialização ou aperfeiçoamento (*stricto sensu*); um curso de doutorado sobre um de mestrado; a participação como professor prevalece sobre a de aluno (ao menos sendo idênticas as cargas horárias) e assim sucessivamente.

Por outro lado, impõe-se reconhecer a necessidade de se adotar, conjuntamente, outro critério, tornando mais justa e racional a pontuação, relacionado ao que se pode denominar “pertinência temática” da atividade de aprimoramento. Tal critério, aqui denominado de *critério qualitativo*, baseia-se em algo que se pode denominar “pertinência temática”, e consiste em se aferir a maior ou menor correlação entre o aprimoramento adquirido pelo Magistrado em determinada matéria e a natureza específica do conhecimento (ou aptidões em geral) necessária ao exercício das funções jurisdicionais que lhe cabe exercer.

Com efeito, a correlação entre a natureza do conhecimento jurídico, cuja aquisição caracteriza-se como atividade de aperfeiçoamento do Magistrado, e a natureza dos conhecimentos específicos exigidos para o exercício das funções jurisdicionais pelo mesmo Magistrado não pode

deixar de ser levada em consideração, no momento de se pontuar, em processo de promoção, as diversas atividades de aprimoramento do Magistrado. Não se pode, todavia, deixar de registrar que, dada a intensa interpolação de conhecimentos exigidos para o exercício da função jurisdicional, em qualquer “repartição de competência em razão da matéria”, torna muito difícil deixar de atribuir alguma pontuação, mesmo à aquisição de conhecimentos muito diversos, pelo menos aparentemente, àqueles necessários para o exercício de funções jurisdicionais delimitadas em razão da matéria.

Como quer que seja, apenas para dar um exemplo óbvio de como seria aplicado esse critério qualitativo, um Magistrado trabalhista que participar em curso (como aluno ou professor) de *Direito do Trabalho* ou de *Direito Processual do Trabalho* ou *Direito Processual Civil* deveria ter uma pontuação bem maior do que aquela a ser atribuída a um Magistrado trabalhista que tenha participado em curso sobre *tráfico internacional*, por exemplo, dada a maior “pertinência temática” dos primeiros cursos apontados, à função específica desempenhada pelo Magistrado.

11. Conclusão.

Vê-se, portanto, que há um amplo espectro de questões a serem enfrentadas e resolvidas para a correta interpretação do texto constitucional em exame, na perspectiva da aplicação da norma a ser dali extraída. O que não se pode, contudo, perder de vista jamais, e que deve servir como bússola no enfrentamento de tais questões é o seguinte:

- i) várias são as atividades do Magistrado que devem ser computadas em promoção por merecimento, em razão de lhe proporcio-

narem efetivo aprimoramento para o exercício de duas funções;

- ii) todas essas atividades devem sujeitar-se a pontuações diversas, as quais variarão em duas direções distintas, mas conjugadas: aquela da aplicação de *critério quantitativo* e aquela relacionada à aplicação de *critério qualitativo*.

Notas:

¹ Desde logo, seja advertido que aqui se adota uma concepção da ontologia da norma – em parte já conhecida na doutrina brasileira, sob a distinção entre norma e texto – segundo a qual a norma é sentido que se atribui ao *ato (de fala) que um legislador racional teria querido praticar com o proferimento das expressões que compõem determinado texto normativo*, sentido este que é determinado tomando-se como mero *input* ou ponto de partida, o sentido puramente lingüístico (convencional, semântico ou literal, a depender do léxico adotado) das expressões que integram o texto a ser interpretado e, necessariamente, *elementos contextuais de várias ordens*. A necessidade de se incorporar elementos contextuais na determinação do sentido que a norma é, se demonstra assim: mesmo quando o sentido que se considere correto atribuir ao *ato (de fala) que um legislador racional teria querido praticar com o proferimento das expressões que compõem determinado texto normativo*, se resume ao sentido literal ou convencional dessas expressões, esse é um dado que não está expresso em nenhuma expressão lingüística, ou seja, deve ser sempre determinado, também, com base em *elementos contextuais*. Essa concepção da norma surge do encontro de dois elementos: da trivial distinção entre norma e texto (a qual, embora trivial, tem sido negligenciada por séculos de doutrina jurídica) e daquelas idéias ou correntes em filosofia da linguagem que podem ser genericamente referidas como *contextualismo*. Sobre tais concepções, vale conferir, Sobre isso, cf. GUERRA, Marcelo Lima. Norma: uma entidade semântica. In MACEDO, Dimas (org.), *Filosofia e Constituição – Estudos em Homenagem a Raimundo Bezerra Falcão*, pp. 80-83; GUERRA, Marcelo Lima. Norma, texto e a metáfora da moldura em Kelsen, in *Revista dos Tribunais* (no prelo). Especificamente sobre o *contextualismo*, cf., por todos, RECANATI, François. *Literal Meaning*, Cambridge : Cambridge University Press, 2004, *passim*,

especialmente, capítulos 6 (“From Literalism to Contextualism”), pp. 83-97, e 7 (“Contextualism: How Far We Can Go”), pp. 131-153.

² Impende fazer uma devida delimitação do tema do presente estudo. É que a expressão, objeto da presente análise, é quase idêntica (por compartilharem algumas expressões mais simples) a outra ocorrente em contexto distinto, a saber, em dispositivo que trata de critérios para o *processo de vitaliciamento* (CF, art. 93, IV), no qual também o respectivo texto constitucional adota as expressões “curso oficial ou reconhecido (...) de formação e aperfeiçoamento”. De antemão, por se tratar de dois contextos distintos, já se está autorizado a não pressupor que o sentido que se venha atribuir a essa expressão, em um dispositivo, interfira necessariamente na atribuição de sentido ao outro. Parafraseando a conhecida e antiga máxima (que reproduz intuitivamente noções aqui incorporadas) “a mínima alteração do contexto (“fatos”, na máxima tradicional), a máxima alteração do sentido (“direito”, na mesma máxima)”. Com isso, resta delimitada a tarefa do presente escrito à atribuição de sentido à expressão ‘frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento’ para o fim específico de determinar a norma que se extrai do art. 93, II, c, da CF, ou seja, enquanto critério fixado por essa norma a ser computado em promoção por merecimento de Magistrado.

³ Esse problema é muito mais comum do que se imagina, na ciência jurídica, embora seja sistematicamente negligenciado. É muito frequente o uso de expressões, em textos jurídicos, que simplesmente *não são dotadas de nenhum sentido convencional, ou que tal sentido, quando muito, é já construído por aproximação*. Só isso já serve para combater seriamente qualquer entendimento que negue foros de cidadania ao contextualismo na construção de uma *ontologia jurídica*, coerente com o correto funcionamento da linguagem.

⁴ Vale advertir que, talvez, a única expressão que possa ser considerada como dotada de um sentido convencional unívoco é ‘curso de aperfeiçoamento’. Nas legislações federais sobre o ensino, ‘curso de aperfeiçoamento’ é expressão utilizada para se referir a um certo formato de curso de pós-graduação *lato sensu*, ao lado de outro formato denominado ‘curso de especialização’.

⁵ Desnecessário advertir que o quanto aparece entre colchetes é o “enriquecimento” do texto constitucional, consistente na escolha de uma entre várias opções de sentido possíveis a cada uma das expressões.

⁶ Aqui seja permitida uma crítica, cujas razões serão aprofundadas em outro estudo. O constante aperfeiçoamento do Magistrado deveria ser uma *imposição institucionalizada*, e não apenas uma *faculdade* do Magistrado que

pretenda obter promoções por merecimento. Não condiz com o perfil atual das funções jurisdicionais aquele Magistrado que se limita a obter aprovação em processo seletivo, e não procura se aperfeiçoar de nenhuma forma.

⁷ Parece clara a intenção do legislador constituinte em estabelecer, com a expressão ora sob análise, um critério de *fácil aferição objetiva* na promoção por merecimento. No entanto, vale insistir que qualquer objetividade e facilidade no uso de critério que teria sido instituído com tal expressão – ‘frequência e aproveitamento em curso oficial e reconhecido de aperfeiçoamento’ – não passa de mera “ilusão gramatical”, de mera suposição, por todas as dificuldades apontadas e por aquelas ainda por apontar no presente estudo.

⁸ Mais cedo ou mais tarde, os Magistrados empenhados nessas questões terão que enfrentar dois sérios problemas: (1) a *pedagogia jurídica* é área que se pode considerar praticamente inexistente; (2) uma das inúmeras implicações disso é a total inexistência de objetividade tanto nos métodos mais adequados para permitir a aquisição de conhecimento jurídico, como também – e o que é mais importante no contexto do presente escrito – na objetividade dos métodos de avaliação. Nesse terreno, é imperioso admitir que se não formos todos, a imensa maioria dos professores de direito somos meros “empiristas” nesta atividade, numa posição, portanto, que mais se assemelha, comparativamente, ao mestre de obras do que ao do engenheiro. Claro que assim como há mestre de obras mais competentes do que certos engenheiros, há professores (e os melhores, que tive o privilégio de conhecer, realmente nunca o fizeram) que nunca abriram um livro de pedagogia (nem cursaram aquelas obrigatórias e normalmente tediosas aulas de “metodologia do ensino”), mais competentes do que um professor de direito que tenha se doutorado em Pedagogia, por exemplo. Isso, contudo, não retira o valor e a necessidade de uma reflexão sistemática – aquela que dá lugar ao nascimento de um novo ramo do saber – sobre o ensino do direito.

⁹ Isso, contudo, não pode servir como justificativa para excluir uma interpretação da expressão em tela que permita o cômputo dessas atividades. Fosse isso assim, deveriam ser excluídas do ordenamento jurídico todas as normas compostas por conceitos de difícil aplicação, quer dizer, que para decidir sobre a subsunção ou não neles de determinada situação concreta, seja necessária a realização de juízo de valor, cuja objetividade é sempre difícil, quando não de todo impossível.

¹⁰ Sobre essa característica ineliminável da linguagem natural, da qual a jurídica é apenas uma espécie particular, confira, por todos, HART, Herbert L. R. *Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação Calouste

Gulbenkian, 1986, pp. 137-149.

¹¹ É notório que a publicação em periódicos de grande circulação e destaque nacional, como a Revista Forense, a Revista dos Tribunais, a Revista da LTr, a RePro (Revista de Processo) e outras, é resultado de uma criteriosa crítica por parte de seus respectivos conselhos editoriais, mesmo que tais periódicos não adotem o sistema do *peer review*.

¹² Sobre tal modelo, cf. GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In FUX, Luiz, NERY JR., Nelson e ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord). *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, pp. 517-541 e a bibliografia aí indicada.